



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

BESLUT
2017-05-18
Meddelat i Uppsala

Mål nr
6520-16 E

KONKURRENSVERKET	
2017-05-18	
Avd	
Dnr	
KSpr	Aktbil

SÖKANDE

Clear Channel Sverige AB, 556426-2680

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur.kand. Lukas Granlund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun

Ombud: Advokat Johan Lidén och Advokat Robert Moldén
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, koncessionsdirektivet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar Clear Channel Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 208915

Postadress

Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress

Kungsgatan 49

Telefon

018-431 63 00

Telefax

018-10 00 34

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Expeditionstid

måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har ingått ett avtal enligt kontrakt dnr 2015/402-TN-061 (2016 års kontrakt) med JCDecaux Sverige AB (JCD). Kontraktet ger JCD rätt att bygga 17 reklamvitriiner varav 15 analoga och 2 digitala. För att erhålla kontraktet ska JCD betala en ersättning om 300 000 kr per år till kommunen. Kontraktet har inte föregåtts av någon annonsering. Kontraktet löper till och med den 30 juni 2021. Kommunen publicerade två förfrågningsunderlag gällande upplåtande av reklamytor. Det första publicerades den 17 april 2015 och det andra den 2 maj 2016.

Clear Channel Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av giltigheten av det avtal som har ingåtts mellan JCD och kommunen.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget yrkar att kontraktet mellan JCD och kommunen ska förklaras ogiltigt. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Kontraktet är inte en tjänstekoncession och skulle därför ha annonserats. Ett grundläggande krav för att kontraktet ska anses vara en tjänstekoncession är att det ska ha skett en verklig riskövergång på leverantören. Eftersom den ersättningen JCD ska betala till kommunen är så låg i förhållande till möjliga intäkter och ingen konkurrensutsättning har gjorts, har ingen riskövergång skett. Den ersättning JCD ska betala till kommunen om 300 000 kr kan jämföras med den ersättning bolaget betalar om 1 miljon kr för ett liknande kontrakt. Då ingen riskövergång har skett är kontraktet ett tjänstekontrakt och ingen tjänstekoncession, och kontraktet skulle ha annonserats.

Om kontraktet är en tjänstekoncession omfattas koncessionen av koncessionsdirektivet och ska annonseras enligt artikel 31. Förfrågningsunderlaget som publicerades den 17 april 2015 kan inte avse samma upphandling som föregått kontraktet då kontraktet innehåller uppenbara väsentliga föränd-

ringar jämfört med förfrågningsunderlaget. Dessa skillnader gäller t.ex. ersättning och storlek på analog-/digital reklamyta. Kontraktet har även gjorts betydligt mer fördelaktigt för leverantören genom att kravet på att tillhandahålla ett hyrcykelsystem tagits bort. Kommunen har därför påbörjat en ny upphandling vid den tidpunkt då kommunen för första gången vände sig mot marknaden med en uttalad vilja om att ingå kontrakt med de väsentligen ändrade förutsättningarna. Denna tidpunkt kan inte anses vara innan den 2 maj 2016. Kommunen har efter den 2 maj 2016 fortsatt att förhandla om kontraktsvillkoren med JCD vilket innebär att väsentliga förändringar kan ha skett även efter den 2 maj 2016.

Koncessionsdirektivets bestämmelser har direkt effekt då införlivandetiden av direktivet löpte ut den 18 april 2016 och Sverige, vid tidpunkten för upphandlingen, inte implementerat bestämmelserna. Enligt artikel 47 i koncessionsdirektivet ska kontraktet förklaras ogiltigt då det ingåtts utan föregående offentliggörande.

Bolaget har berövats möjligheten att konkurrera om kontraktet och lider skada om kommunen och JCD tillåts genomföra kontraktet. Det föreligger en uppenbar presumtion för skada när ett avtal som i detta fall har ingåtts utan föregående annonsering.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande.

En tjänstekoncession kännetecknas av att ersättningen för tjänstens utförande består av rätten att ekonomiskt utnyttja tjänsten. Kommunen erlägger ingen betalning till JCD enligt avtalet, tvärtom erlägger JCD en fast ersättning till kommunen för rättigheterna att upplåta reklamytor m.m. En tjänstekoncession kännetecknas vidare av att leverantören tar på sig en betydande del av den risk som är förknippad med utnyttjande av tjänsten. Det är JCD:s ansvar att försöka skapa de försäljningsintäkter som krävs för att kunna nå lönsamhet med uppdraget. Vidare är den ersättning som ska erläggas till

kommunen fast vilket ytterligare befäster att JCD står risken för att uppdraget innebär större kostnader än intäkter och att kunderna inte betalar. Vad bolaget anfört om att ersättningen JCD ska betala är så låg att uppdraget inte innebär någon risk är felaktigt. Ersättningsnivån har förhandlats fram utifrån sedvanliga affärsmässiga överväganden för det specifika uppdraget och tidigare erfarenhet. Ersättningsnivån är jämförbar med liknande koncessionsupplägg. JCD bär den fulla risken för att uppdraget ska gå ihop ekonomiskt. Avtalet utgör med beaktande av det ovan en tjänstekoncession som inte kan överprövas enligt LOU.

Kommunen och JCD inledde avtalsförhandlingar om det aktuella tjänstekoncessionsavtalet redan under mars och april 2016. Representanter för parterna träffades vid ett möte den 29 mars 2016, primärt för att diskutera formerna för avvecklingen av ett annat avtal rörande reklamplatser. Mot avslutningen av mötet tog kommunen upp att man fortfarande vore intresserad av ett avtalsupplägg rörande andra reklamplatser motsvarande det tjänstekoncessionsuppdrag som kommunen försökte tilldela under våren år 2015. Under våren år 2015 genomförde kommunen en annonsering av tjänstekoncessionen vilket dock inte resulterade i några anbud. Den 3 april 2016, dvs. efter mötet, återkom JCD skriftligen till kommunen via e-post. Kommunen svarade den 4 april 2016 och tackade för förslaget. Av internmail den 4 april 2016 framgår att kommunen påbörjade en genomgång av JCD:s förslag. Vid denna tidpunkt var det klart att uppdraget var en tjänstekoncession som kunde tilldelas direkt. Den principiella inriktningen hade också slagits fast inom kommunen redan under år 2015. Parterna inledde förhandlingar utifrån 2015 års modell och JCD:s förslag senast den 3–4 april 2016. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar är enligt Högsta förvaltningsdomstolen en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats. Upphandlingen har därför påbörjats innan den 18 april 2016.

Därutöver understiger kontraktsvärdet med marginal tröskelvärdet för att koncessionsdirektivet ska vara tillämpligt.

Bolaget tillägger i genmäle bl.a. följande. Av praxis från EU-domstolen framgår att risken vid en tjänstekoncession ska bestå i att leverantören utsätts för marknadens nycker, dvs. konkurrens från andra aktörer, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan samt risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tjänsten m.m. Såsom anskaffningen utförts föreligger ingen reell utbuds- eller efterfrågerisk för JCD och det saknas sålunda en sådan verksamhetsrisk som krävs för att anskaffningen ska anses som en koncession. JCD står risken för sviktande efterfrågan men denna är så pass osannolik att det inte är någon reell risk, särskilt då JCD genom att ingen konkurrensutsättning har skett, givits fördelaktigare villkor jämfört med vad som hade varit en marknadsmässig överenskommelse. Kvar finns risken för bristande betalning och liknande vilket inte är tillräckligt för att det ska anses som en verksamhetsriskövergång.

Påståendet om att en ny upphandling påbörjades den 3–4 april 2016 och påståendet att det är samma upphandling som påbörjades våren år 2015 är felaktigt. Eftersom upphandlingen som annonserades år 2015 fortfarande var aktuell är den korrespondens som skett innan den 18 april 2016 enbart ett uttryck för att kommunen önskar fortsätta denna upphandling. Det saknar betydelse för frågan om när upphandlingen ska anses påbörjad att JCD gett uttryck för en önskan att omförhandla villkoren med väsentligt förändrat innehåll, annars skulle en upphandling anses påbörjad så fort en leverantör kontaktar en myndighet med ett förslag om att göra affärer. Inte heller kommunens mailväxling som svar på JCD:s avtalsförslag, eller det möte som föregått korrespondensen, ger uttryck för att kommunen på något sätt beslutat om att genomföra upphandlingen med väsentligen förändrat innehåll jämfört med 2015 års upphandling. Det är tidpunkten för när den upphandlande myndigheten väljer typ av förfarande och slutligen avgör frågan om det föreligger en annonseringsskyldighet, och dessa beslut har fattats med det sakliga innehåll som upphandlingen innehar, som är avgörande för vilket regelverk som ska tillämpas. Det är uppenbart att mailet den 4 april

2016 enbart bekräftar mottagandet av JCD:s förslag och att kommunen därefter skulle överväga om detta gick att genomföra. Inget beslut eller liknande har kommunicerats utåt vid detta tillfälle. Ett sådant kommunicerande skedde först när förfrågningsunderlaget skickades ut den 2 maj 2016. Innan den 2 maj 2016 saknas beslut från kommunen som kan få några som helst rättsverkningar. Kommunen bestrider inte att det har skett väsentliga förändringar mellan 2015 års upphandling och den direktupphandling som genomfördes med start den 2 maj 2016. Betydelsen av det som kommunen anfört om att det den 4 april 2016 var entydigt att uppdraget skulle tilldelas direkt, och att den principiella inriktningen valts av kommunen långt tidigare, ifrågasätts och påståendet bestrids. Om inget annat har visats är utgångspunkten, när ingen annonsering har skett, att upphandlingen ska anses påbörjad och avslutad vid kontraktstecknandet.

Numera är begreppet ”väsentliga förändringar” lagfäst. Lagen saknar direkt tillämplighet men är en kodifiering av EU-domstolens praxis. Om bolaget hade haft vetskap om förändringarna hade man deltagit i upphandlingen och lämnat anbud. Ändringarna som har vidtagits har ändrat koncessionens ekonomiska jämvikt till förmån för JCD och ändringarna har inte varit av mindre ekonomiskt värde. Ändringarna som har vidtagits är därför, enligt lagen och praxis, väsentliga och upphandlingen ska efter förändringarna anses vara en ny upphandling. Det som kommunen anför om att upphandlingarna måste uppvisa ”betydande skillnader” för att inte anses vara samma upphandling saknar relevans. Oavsett hur den frågan bedöms uppvisar de två upphandlingarna väsentliga skillnader vilket ensamt är avgörande för vilka upphandlingsrättsliga regler som är tillämpliga.

Det åligger kommunen att visa att upphandlingens värde understiger tröskelvärdet för koncessionsdirektivets tillämplighet. Värdet på koncessionen, inräknat alla ekonomiska fördelar som koncessionen innebär i form av ökade intäkter, vidare försäljningsuppslag och varaktighet uppgår till minst 5 186 000 EUR. Som jämförelsevärde kan framhållas ett exempel från

JCD:s hemsida där det anges att en kampanj med 60 exponeringar, lika många som JCD får genom kontraktet, under hela avtalstiden värderas till cirka 62 miljoner kr. Ett annat exempel är försäljningsintäkter från mindre städer. Värdet för en sådan försäljning är cirka 48 miljoner kr. Vid dessa beräkningar har inte beaktats de ökade intäkterna som dels föranleds av den allmänna prisutvecklingen under åtta års tid, dels de ökade intäkterna som de digitala reklamplatserna givetvis skulle generera. Därutöver kan i princip samtliga reklamplatser göras till digitala reklamplatser vilket skulle öka avtalsvärdet. Det är således uppenbart att avtalsvärdet, inklusive utnyttjande av optioner och det bästa ekonomiska utfallet för JCD, överstiger tröskelvärdet för tillämpning av koncessionsdirektivet.

Bolaget bestrider att kommunen gjort beräkningar på upphandlingens värde år 2015, dessa har i vart fall inte kommunicerats till leverantörerna. Kommunens beräkningar beaktar inte att det är möjligt att ha fyra kampanjer samtidigt per vecka på 15 platser. Kommunens försiktiga beräkning ger ett värde på 37 miljoner kr i vilket inte beaktats den allmänna prisutvecklingen, cirka 2 procent per år, och möjligheten för analoga reklamtytor att bli digitala, en värdeökning med cirka 50 procent. Med beaktande av detta blir värdet cirka 55 miljoner kr. En uppskattning av koncessionens värde ska göras utifrån vilka intäkter den *kan* inbringa, således ska rätten utgå från det högsta värdet i ett intervall.

Det är anmärkningsvärt att kommunen först i ett sent skede av processen påstår att en kontraktsvärdesberäkning gjorts och lägger fram det påstådda dokumentet, trots att frågan uppenbart är central i målet. Kostnadsberäkningsdokumentet innehåller ingen förklarande text utan enbart kostnadsposter och kan inte utgöra någon relevant bevisning. Därutöver har den intäkt som redovisas, 1 185 kr exklusive moms per reklamtyta och vecka, inte multiplicerats med 60 utan med 15. Värdet är därför högre än dokumentet visar. Dokumentet är även bristfälligt såtillvida att det inte framgår vem som upprättat det samt vilket datum beräkningen hänförs till. I vart fall avser do-

kumentet 2015 års upphandling och inte den som genomfördes år 2016. Det faktum att kommunen kommit fram till olika kostnadsberäkningar där intervallet varierar talar för att kommunen inte gjort någon egentlig genomgång av kostnadsvärdesberäkningen på förhand.

Bolaget kan inte redovisa sina egna nuvarande intäkter i detalj och bolagets avtal skiljer sig avsevärt från det i målet aktuella. Således saknar bolagets nuvarande avtal relevans i målet. Det saknar även relevans att bolaget, enligt nuvarande avtal, enbart utnyttjar 66 av 99 reklamatorer.

Kommunen tillägger i yttrande bl.a. följande. JCD:s åtagande enligt tjänstekoncessionen framgår av kontraktets punkt AFD.11. Åtagandena innebär att uppdraget är förenat med en rad kostnader oberoende av med vilken framgång JCD lyckas generera intäkter. Avtalet innehåller inte något skydd mot att kommunen träffar motsvarande nya avtal med andra aktörer och kommunen har idag flera avtal av detta slag. Kommunens frihet i detta hänseende innebär naturligtvis en risk för JCD. Uppdraget är således en tjänstekoncession och bolaget har inte visat att uppdraget är ett tjänstekontrakt.

Enligt etablerad praxis från EU-domstolen är den avgörande tidpunkten, när det gäller att avgöra vilka regler som är tillämpliga, tidpunkten för när den upphandlande myndigheten väljer typ av förfarande och slutligen avgör frågan om det föreligger en annonseringsskyldighet. Kommunen har redan under år 2015 klassificerat uppdraget som en tjänstekoncession och, utifrån det, konstaterat att vid tidpunkten tillämpliga regler inte medför krav på annonsering eller hinder mot att genomföra anskaffningen som en direktupphandling. Det saknar härvid betydelse om kommunen fattat ett beslut om att inte genomföra något formellt anbuds förfarande då avgörande är kommunens ställningstagande i frågan om det föreligger en annonseringsskyldighet. Detta ställningstagande gjordes redan år 2015 och kommer till uttryck i 2015 års förfrågningsunderlag AFB.1 och AFB.11.

Gällande skillnaderna mellan 2015 års förfrågningsunderlag och 2016 års kontrakt är det korrekt att den årliga ersättningen enligt 2015 års förfrågningsunderlag var 474 000 kr och enligt 2016 års kontrakt 300 000 kr. Gällande storleken på den analoga reklamytan har bolaget sökt överdriva skillnaderna. Bolaget har inte beaktat att den exponerade tiden på den bildväxlande sidan endast kommer att vara en tredjedel av tiden jämfört med den vanliga sidan och därför felaktigt använt en uppräkningsfaktor om tre. Gällande de digitala reklamtavlor är det korrekt att 2015 års förfrågningsunderlag saknade sådana och att 2016 års kontrakt innehåller två stycken. Det är även korrekt att 2015 års förfrågningsunderlag, tillskillnad mot 2016 års kontrakt, innehöll en option om ett hyrcykelsystem. De justeringar som har gjorts genom 2015 års förfrågningsunderlag och 2016 års förhandlingar ligger dock inom ramen för principbeslutet – att anskaffa en tjänstekoncession för reklamplatser, vilket fattades innan annonseringen år 2015 – och det är därför fråga om en och samma upphandling. Det följer av EU-domstolens praxis att frågan om vad som utgör sådana betydande skillnader i villkor att det utlöser en ny upphandling ska bedömas med försiktighet i ett sammanhang där frågeställningen gäller ikraftträdande av nya upphandlingsregler. Det framgår vidare att förhandlingar med nödvändighet kan ske, och leda till ändringar och tillägg, efter att upphandlingen har påbörjats. Justeringarna har inte medfört någon skyldighet för kommunen att omvärdera sitt beslut om uppdragets natur och eventuell annonseringsskyldighet. Frågan om tillämpligt regelverk ska skiljas från frågan om när väsentliga ändringar under en pågående upphandling kan ge upphov till en annonseringsskyldighet.

Upphandlingen har i vart fall påbörjats senast den 3–4 april 2016 genom då inledda förhandlingar. Det finns inga betydande skillnader mellan avtalsförslaget upprättat den 3 april 2016 och det kontrakt som sedermera ingicks. Kommunen delar inte bolagets uppfattning att mailväxlingen är intetsä- gande. Det finns inget krav på att en förhandling ska vara av viss kvalitet eller omfattning för att kunna ligga till grund för att en upphandling har in- letts. Det finns inte heller något formkrav på ett beslut att inleda en upp-

handling. Enhetschefen [REDACTED] har beslutat att påbörja en anskaffning genom att inleda förhandlingar och beslutet kommer till uttryck genom det initiativ som togs vid mötet den 29 mars 2016. Därefter följde förslaget per e-post från JCD och kommunen bekräftade att förslaget skulle tas under övervägande. Åtgärderna har kommit till uttryck externt. Förhandlingen är vid denna tidpunkt i ett tidigt skede men ändock inledd.

Kommunen gjorde inför 2015 års annonsering en bedömning av intäktsmöjligheterna för de 15 analoga reklamtavlor som ingick. Detta styrks av den bifogade kontraktsvärdesberäkningen som upprättats av upphandlaren [REDACTED]. Bedömningen ingick i den kalkyl som upprättades för att hitta en lämplig nivå på den ersättning som skulle utgå till kommunen för uppdraget. Värdet beräknades till cirka 8 miljoner kr. Prisbilden i Västerås är inte jämförlig med den i Stockholm/Göteborg/Malmö, vilket är den prisbild bolaget använt. Enligt kommunens beräkning, baserat på JCD:s prisuppgifter, uppgår värdet på reklamtavlor i 2016 års kontrakt till cirka 19 miljoner kr. Baserat på bolagets prisuppgifter blir värdet cirka 8 miljoner kr. Dessa beräkningar visar att det inte går att exakt fastställa kontraktsvärdet. Kontraktsvärdet för de analoga tavlorna får därför bedömas till mellan 8–19 miljoner kr, där det högre värdet är högt räknat. De två digitala reklamtavlor beräknas ha ett värde om cirka 5,5 miljoner kr. Kontraktsvärdet blir alltså totalt mellan 13–24 miljoner kr, vilket med marginal understiger tröskelvärdet om 47,7 miljoner kr. Det är i sammanhanget av betydelse att bolaget har ett avtal om upplåtelse av reklamtytor i vilket man enbart utnyttjar 66 av totalt 99 reklamtytor. Det är därför inte realistiskt att utan vidare räkna med den teoretiskt maximala intäktsmöjligheten.

SKÄLEN FÖR BESLUTET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår att lagen inte

gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. LUK är därmed inte tillämplig på upphandlingen i målet.

Den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Tjänstekoncessioner omfattas inte av bestämmelserna om överprövning enligt ÄLOU (jfr prop. 2006/07:128 s. 183 och HFD 2012 ref. 29). Därutöver är tjänstekoncessioner enligt artikel 17 uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet¹ ger inte någon möjlighet till överprövning av en upphandling av en tjänstekoncession eftersom det av bestämmelsen framgår att avtal enligt artikel 17 i direktiv 2004/18/EG är undantagna från tillämpningsområdet för rättsmedelsdirektivet.

Genom koncessionsdirektivets artikel 46 har dock rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde utvidgats till att även omfatta tjänstekoncessioner. Detta innebär att bestämmelser om överprövning ska gälla även vid upphandling av tjänstekoncessioner. Medlemsstaterna skulle enligt artikel 51 senast den 18 april 2016 ha införlivat koncessionsdirektivets bestämmelser i lag. Frågan i målet är därför hur kontraktet ska klassificeras och därefter om kontraktet, såsom det klassificeras, kan överprövas enligt tillämpliga upphandlingsregler.

¹ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, ändrade genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektiva förfaranden vid prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

Är kontraktet ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession?

Utgångspunkter för bedömningen

Av 2 kap. 17 § ÄLOU framgår att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten. Ett tjänstekontrakt är enligt 2 kap. 18 § ÄLOU ett kontrakt för utförandet av vissa tjänster.

I direktiv 2004/18/EG definieras en tjänstekoncession som ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggtreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning (jfr artikel 1 punkt 4). Definitionen har i allt väsentligt överförts till koncessionsdirektivet artikel 5 punkt 1 b) med tillägget att verksamhetsrisken betonats tydligare (jfr ingressen till koncessionsdirektivet skäl 18 och skäl 20).

Av praxis från EU-domstolen framgår att skillnaden mellan ett vanligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i att leverantören i koncessionsfallet står en risk. Den omständigheten att leverantören vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv. Detta gäller oavsett om risken redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation. Risken kan bestå i att utsättas för marknadens nycker, dvs. att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tjänsten, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller

en risk att stå ansvarig för skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-458/03 p. 40 och p. 43, C-206/08 p. 75–77 och C-274/09 p. 24, p. 26 och p. 37).

Bedömningen av vad som utgör ett tjänstekontrakt och vad som utgör en tjänstekoncession ska göras utefter omständigheterna i det enskilda fallet. Vid bedömningen av om en riskövergång har skett kan bl.a. faktorer såsom vilken part som står för driftkostnader, om upphandlande myndigheten garanterar visst minimum utnyttjande av tjänsten, etableringskostnader och form på ersättningen beaktas och tillmätas vikt (jfr HFD 2012 ref. 29).

Parternas inställning

Bolaget anför att kontraktet är ett tjänstekontrakt då betalningen om 300 000 kr är låg, efterfrågerisken är liten och det saknas utbudsrisk, varför det inte har skett någon sådan reell verksamhetsriskövergång mellan kommunen och JCD som krävs för att kontraktet ska vara en tjänstekoncession.

Kommunen anför bl.a. att kontraktet är en tjänstekoncession då ersättningen för tjänstens utförande består i rätten att ekonomiskt utnyttja tjänsten. Det är JCD som ansvarar för att skapa de försäljningsintäkter som krävs för att erhålla vinst och ersättningen som betalas till kommunen är fast. Ersättningen har förhandlats fram efter sedvanliga affärsrättsliga överväganden. Kontraktet är förenat med flera kostnader för JCD, oberoende av dess framgång med att generera intäkter. Kommunen har även flera liknande avtal idag och inget hindrar kommunen från att ingå fler.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det i målet är ostridigt, och även framgår av 2016 års kontrakt AFD.61, att leverantören ska utge en ersättning till kommunen om 300 000 kr för att erhålla reklamytorna. Leverantören har därefter rätt att ta ut avgifter av tredje man för utnyttjande av

reklamytorna. Utformningen av betalningen talar sålunda för att kontraktet är att betrakta som en tjänstekoncession.

Som framgår av EU-domstolens praxis är emellertid inte betalningen ensamt tillräckligt för att kontraktet ska utgöra en koncession. Det krävs även att det har skett en riskövergång från den upphandlande myndigheten till leverantören. Av 2016 års kontrakt AFD.11 framgår bl.a. att leverantören åtar sig markarbete, installation, elinkoppling samt elförbrukning för samtliga reklamutrustningar. Leverantören står för samtliga driftkostnader avseende toaletterna och reklamtavlor. I leverantörens åtagande ingår markarbete inklusive eventuell gjutning och tillhandahållande samt nedgrävning av fundament, leverans, installation och drift. Leverantören åtar sig ett totalansvar för att uppföra reklamtavlor och driva befintliga toaletter. Dessa åtaganden är enligt förvaltningsrättens mening förknippade med kostnader och en risk för leverantören. Detta, samt det faktum att kommunen har möjlighet att ingå nya liknande avtal med andra leverantörer och därigenom utsätta leverantören för konkurrens samt att leverantören står risken för att tredje man som utnyttjar tjänsten inte betalar, talar för att leverantören står en betydande risk med kontraktet.

Mot att leverantören står en risk med kontraktet och att kontraktet således inte är att betrakta som en tjänstekoncession talar framförallt ersättnings storlek. Bolaget har obesträtt anfört att ersättningen om 300 000 kr kan jämföras med den ersättning om 1 miljon kr som bolaget betalar för ett liknande kontrakt. Enligt förvaltningsrättens mening kan dock inte ersättningen om 300 000 kr ensamt, även att den jämfört med 1 miljon kr är liten, anses vara så pass liten att det inte föreligger någon risk för leverantören.

Förvaltningsrätten finner efter en sammanvägd bedömning att en betydande riskövergång har skett från kommunen till leverantören. Med beaktande av att ersättningen för kontraktet är fast och betalas från leverantören till kommunen och att leverantören har rätt att ta ut ersättning från tredje man för

utnyttjande av tjänsten är kontraktet i sin helhet att betrakta som en tjänstekoncession.

Överstiger kontraktsvärdet koncessionsdirektivets tröskelvärde?

Utgångspunkter för bedömningen

Av artikel 1.1 i koncessionsdirektivet framgår att direktivet ska tillämpas på upphandlingsförfaranden i form av koncessioner vars värde uppskattas till minst det tröskelvärde som fastställs i artikel 8. I artikel 8 framgår att tröskelvärdet är 5 225 000 EUR, motsvarande 47 758 068 kr (se tillkännagivande [2016:14] om tröskelvärden vid offentlig upphandling). Värdet av en koncession ska enligt artikel 8.2 vara koncessionshavarens sammanlagda omsättning som genererats under kontraktets varaktighet, exklusive mervärdesskatt, enligt uppskattning av den upphandlande myndigheten.

EU-domstolen har uttalat att möjligheten att göra undantag från upphandlingsregelverket är ytterst begränsad. Bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för att göra ett undantag åvilar den part som åberopar undantaget (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-328/92 p. 15–16 samt EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 p. 58).

I förarbetena till LOU anges bl.a. att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande (jfr prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99). I litteraturen framförs att det även är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att kontraktsvärdet är det beräknade (se *Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, s. 156* och *Andersson, Mühlenbock m.fl. Lagen om offentlig upphandling, en kommentar, 2013, s. 201*).

Parternas inställning

Bolaget anför i huvudsak att det åligger kommunen att visa på en beräkning av kontraktsvärdet och att kontraktet enligt bolagets beräkningar uppgår till

ett värde överstigande tröskelvärdet för tillämpning av koncessionsdirektivet. Vidare anför bolaget att den kontraktsvärdesberäkning som kommunen gjort har sådan brister att den inte kan tillmätas något bevisvärde.

Kommunen anför att man har gjort en kontraktsvärdesberäkning och att denna visar att kontraktet med marginal understiger tröskelvärdet för koncessionsdirektivet. Kommunen anför även att beräkningen av kontraktsvärdet inte är någon exakt vetenskap och att värdet enbart är en uppskattning.

Förvaltningsrättens bedömning

Av kontraktsvärdesberäkningen som kommunen bifogat framgår i detalj hur kostnaderna för kontraktet har beräknats. Dock framgår inte närmare hur intäkterna har beräknats. Det framstår för förvaltningsrätten, och såsom bolaget anført, som att kommunen har uppskattat intäkten till 1 185 kr per reklamtavla och vecka och därefter multiplicerat denna summa med antalet reklamtavlor, dvs. 15, och veckor, dvs. 52, och då fått fram att intäkten är 924 300 kr per år. Det framgår dock ingenting om hur summan 1 185 kr har uppskattats eller vilka överväganden som ligger bakom denna. Enligt förvaltningsrättens mening måste det anses åvila den upphandlande myndigheten att visa på vilka beräkningar och överväganden som ligger bakom myndighetens uppskattning av kontraktsvärdet. Kommunen har inte visat hur intäkterna har uppskattats och kommunens beräkningar kan därför inte läggas till grund för uppskattningen av kontraktsvärdet. Bolaget får därför anses ha visat att kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet för tillämpning av koncessionsdirektivet.

När är upphandlingen påbörjad?

Utgångspunkter för bedömningen

Koncessionsdirektivet saknar övergångsbestämmelser som reglerar hur bestämmelserna om överprövning ska tillämpas på redan påbörjade upphand-

lingar. När det gäller frågan om vilket direktiv som ska tillämpas på en upphandling som har genomförts under fristen för införlivande av ett nytt direktiv framgår av praxis från EU-domstolen bl.a. följande. En upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds. Tillämpligt direktiv är i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligt avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-576/10 p. 52–53 samt C-337/98 p. 36 och p. 40). Det kan finnas skäl att göra undantag från denna regel om ett för kontraktet väsentligt villkor har ändrats efter denna tidpunkt och ett nytt kontrakt därför måste ingås (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-576/10 p. 52 och C-337/98 p. 44 och p. 46). EU-domstolen har vidare uttalat att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. Överprövning är dock möjlig mot en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida som har passerat detta förberedande stadium och kan få rättsverkningar, t.ex. inledande av konkreta avtalsförhandlingar (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 p. 35 och p. 39).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref. 31 slagit fast att den tidpunkt en upphandling anses påbörjad bör sammanfalla med den tidpunkt för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning.

Påbörjas upphandlingen under våren år 2015?

Parternas inställning

Bolaget anför i huvudsak att den upphandling som påbörjades år 2015 uppvisar väsentliga skillnader mot 2016 års kontrakt och därför inte kan anses vara samma upphandling.

Kommunen anför bl.a. att man redan under år 2015 har fattat principbeslutet att anskaffa en tjänstekoncession och slutligt tagit ställning i frågan om det föreligger en annonseringsskyldighet. Ändringarna i 2016 års kontrakt ligger inom ramen för detta principbeslut.

Förvaltningsrättens bedömning

Mellan parterna är ostridigt att vissa förändringar har skett mellan 2015 års förfrågningsunderlag och 2016 års kontrakt. Gällande vilka förändringar som är i sådan mån väsentliga att ett nytt kontrakt ingås framgår av EU-domstolens praxis att det är av betydelse om ändringarna innebär att en ny anbudsgivare hade kunnat godkännas, kontraktets tillämpningsområde väsentligen utsträcks, kontraktets ekonomiska jämvikt ändras, den leverantör som ursprungligen fått kontraktet ersätts med en ny och hur priset påverkas (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-576/10 p. 61 och C-454/06 p. 34–37 samt Generaladvokat Melchior Wathelets förslag till avgörande i mål C-576/10 p. 71)

Förändringarna i aktuell upphandling innebär att två digitala reklamytor lagts till i upphandlingen. Förändringarna innebär även, oavsett om reklamytan beräknas till 120 kvm eller 60 kvm, att den analoga reklamytan har ökat väsentligt. Ersättningen som leverantören ska utge har minskat från 474 000 kr till 300 000 kr. Optionen om hyrcykelsystem har tagits bort.

Mot bakgrund av att den analoga reklamytan har ökat väsentligt och att digitala reklamytor har tillkommit, samt att den ersättning som erfordras har

minskat betydligt anser förvaltningsrätten att de förändringar som kommunen har vidtagit mellan 2015 års förfrågningsunderlag och 2016 års kontrakt har påverkat den ekonomiska jämvikten av kontraktet och väsentligen utsträckt kontraktets tillämpningsområde. Förändringarna är därför att betrakta som i sådan mån väsentliga att kommunen får anses ha ingått ett nytt kontrakt. Mot bakgrund av detta kan inte den upphandling som mynnade ut i 2016 års kontrakt anses ha påbörjats redan under våren år 2015.

Påbörjas upphandlingen efter våren år 2015, men innan den 18 april 2016?

Parternas inställning

Bolaget anför bl.a. att den korrespondens som skett innan den 18 april 2016 enbart är uttryck för kommunens vilja att fortsätta 2015 års upphandling. Det framgår inte av kommunens mailväxling att kommunen har beslutat om att genomföra upphandlingen med väsentligen förändrat innehåll mot 2015 års upphandling. Av kommunens mail framgår enbart att kommunen bekräftar mottagandet av JCD:s förslag och inget beslut eller liknande har kommunicerats utåt vid denna tidpunkt. Detta skedde först i och med 2016 års förfrågningsunderlag vilket publicerades den 2 maj 2016. Innan den 2 maj 2016 saknas beslut från kommunen som kan få rättsverkningar.

Kommunen anför bl.a. att kommunen efter ett möte med JCD den 29 mars 2016 inledde avtalsförhandlingar. JCD återkom till kommunen den 3 april 2016 via mail med ett förslag. Av internmail framgår att kommunen den 4 april 2016 påbörjade en genomgång av JCD:s förslag. Vid denna tidpunkt var det klart att upphandlingen avsåg en tjänstekoncession som kunde tilldelas direkt. Det saknas betydande skillnader mellan avtalsförslaget och 2016 års kontrakt. Upphandlingen har därför inletts innan den 18 april 2016.

Förvaltningsrättens bedömning

Av mail från JCD till kommunen den 3 april 2016 framgår att JCD i mailet lämnat ett *konkret* förslag. Av förslaget framgår minsta avtalstid, omfattning av kontraktet, JCD:s åtaganden och hur ersättningen ska erläggas. Dessa klausuler har i allt väsentligt överförts till 2016 års kontrakt (jfr AFD.11, AFD.41 och AFD.61). Enligt förvaltningsrättens mening är förslaget i sådan mån konkret och tydligt, och har förts över till kontraktets slutliga villkor, att kommunen genom sitt svar på mailet den 3 april 2016 får anses ha påbörjat en förhandling om avtalets villkor. Att förhandlingarna ska anses påbörjade vinner även stöd av att kommunen efter mottagandet av mailet kontaktar upphandlaren [REDACTED] i syfte att bedöma förslaget. Kommunen har således gett uttryck för en sådan viljeyttring som enligt praxis från EU-domstolen anses medföra att upphandlingen är påbörjad (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 p. 39). Dessa åtgärder har genom kontakten med JCD kommit till uttryck utåt. Upphandlingen ska därför, som senast i och med kommunens svarsmail den 4 april 2016, anses ha passerat sådana rent interna överväganden att upphandlingen ska anses påbörjad. Eftersom upphandlingen har inletts innan sista dag för införlivande av koncessionsdirektivet kan inte koncessionsdirektivets bestämmelser ges direkt effekt i målet och det saknas följaktligen möjlighet att överpröva upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avvisas.

Sammanfattning

Upphandlingen är att betrakta som en upphandling av en tjänstekoncession. Kommunen har inte visat att koncessionens värde understiger tröskelvärdet för koncessionsdirektivets tillämplighet. Upphandlingen av koncessionen har emellertid påbörjats innan den 18 april 2016 och koncessionsdirektivet är således inte tillämpligt på upphandlingen i målet. Eftersom att det därmed saknas möjlighet att överpröva koncessionen ska ansökan om överprövning avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)

Per-Erik Nistér
f.d. rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Wille Steinert.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.